

Tilburg University

Zorgplicht passend onderwijs en de positie van schoolbesturen en ouders

Zoontjens, P.J.J.

Published in:

Nederlands Tijdschrift voor Onderwijsrecht en Onderwijsbeleid (NTOR)

Publication date:

2011

Document Version

Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Zoontjens, P. J. J. (2011). Zorgplicht passend onderwijs en de positie van schoolbesturen en ouders. *Nederlands Tijdschrift voor Onderwijsrecht en Onderwijsbeleid (NTOR)*, 23(1), 7-35.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

ZORGPLICHT PASSEND ONDERWIJS EN DE POSITIE VAN SCHOOLBESTUREN EN OUDERS

P.J.J. Zoontjens, UvT

1. Inleiding

Vanaf begin februari 2011 is er een concept van het wetsvoorstel Passend Onderwijs voor consultatie van de burgers op internet geplaatst.¹ Daarin is een zorgplicht geregeld² die erop neerkomt dat, wanneer ouders van een zorgleerling hun kind op een bepaalde school aanmelden, het bestuur van die school de taak heeft dit kind een zo goed mogelijke plek in het onderwijs te bieden. Als er op de school waar het kind is aangemeld geen passend onderwijs kan worden geboden, heeft het bestuur de taak binnen het samenwerkingsverband een andere plek voor het kind te vinden en de ouders een zo goed mogelijk aanbod te doen. Ouders hoeven op deze manier niet zelf alle scholen af om hun kind ergens onder te brengen. In een eind januari aan de Tweede Kamer gerichte brief wordt door de minister van OCW het volgende opgemerkt: “Bij de vervulling van de zorgplicht moet goed rekening worden gehouden met de zorgbehoefte van het kind en met de voorkeuren van de ouders, maar ook met de mogelijkheden die een school heeft de leerling passend onderwijs te bieden. Van een school kan hierbij niet het onmogelijke worden gevraagd.”³

De wettelijke zorgplicht brengt voor ouders onmiddellijk zichtbare gevolgen met zich. In vergelijking met nu is het positief dat zij de zekerheid krijgen dat hun kind wordt geplaatst op een school en dat voor het kind een passend aanbod van onderwijs in het verschiet ligt. Op dit moment leidt het versnipperde systeem van onderwijs-zorgarrangementen en van indicatiestellingen er immers toe dat sommige kinderen nergens plaatsbaar blijken te zijn en thuis moeten zitten. Afhankelijk van hun specifieke eigenschappen en/of het type onderwijs waar zij naar toe willen worden geleid kunnen zorgleerlingen op vier manieren over instellingen van regulier of speciaal onderwijs worden verdeeld, nl. via indicatiestelling in het kader van:

- (1) het samenwerkingsverband WSNS als bedoeld in art. 18 Wet op het primair onderwijs (Wpo),
- (2) leerlinggebonden financiering (LGF) als bedoeld in art. 28b Wet op de expertisecentra (Wec),
- (3) leerwegondersteunend onderwijs (LWOO) als bedoeld in art. 10e Wet op het voortgezet onderwijs (Wvo) of
- (4) praktijkonderwijs (PRO) als bedoeld in art. 5 Wvo.

De criteria van indicatiestelling verschillen onderling en vullen elkaar niet aan, waardoor het niet vanzelfsprekend is dat iemand die is afgewezen in het kader van LGF of LWOO automatisch toegang zal krijgen tot Praktijkonderwijs. Elke ronde brengt dus nieuwe kansen. Met de algemene zorgplicht verdwijnt dit spel van winnaars en verliezers. De onderling

¹ Zie: <http://www.internetconsultatie.nl/passendonderwijs>.

² Zie voorstel tot wijziging art. 40 Wpo, art. 40 Wec en art. 27 Wvo.

³ Naar passend onderwijs, Brief minister OCW d.d. 31 januari 2011, onder referentie: 266319, p. 9.

verschillende systemen van indicatiestelling worden vervangen door één algemene wijze van indiceren. Thuiszitten is in abstracto uitgesloten.

De ouders leveren evenwel ook iets van hun bestaande rechten in: wat betreft de keuze van de school waarop de leerling uiteindelijk zal worden geplaatst en de bepaling van wat passend onderwijs is kunnen zij niet meer om het bestuur van de school van aanmelding heen. Nu kan dat nog wel. In het kader van het huidige WSNS-systeem kan de (reguliere) school de ouders niet dwingen om hun kind voor indicatie aan te melden. Het gevolg is dan dat het kind niet kan worden verwijderd vanwege de reden dat het extra ondersteuning behoeft en de school die niet kan bieden. Deze situatie verandert bij Passend Onderwijs. De ouders die hun kind aanmelden bij een school zullen niet kunnen verhinderen dat ten aanzien van hun kind, zo nodig op initiatief van het bestuur van die school, indicatie plaatsvindt, met andere woorden onderzoek wordt verricht naar de mogelijkheden van voor hem of haar passend onderwijs.

Er is ook een aantal minder zichtbare gevolgen, waarop in deze bijdrage nader zal worden ingegaan. Over de consequenties van de zorgplichtbepaling bestaat immers nog veel onduidelijkheid, waarbij zich een reeks van vragen aandient. Voor welke doelgroep geldt zij, met andere woorden wie kan als zorgleerling worden bestempeld? Hoe verhoudt het met de zorgplicht gepaard gaande toegangsrecht zich tot mogelijkheden van selectie bij de toegang tot of verwijdering van de school op grond van bijvoorbeeld richting, geschiktheid, gedragsproblemen, schoolcapaciteitsbeleid en schoolgrenzenbeleid? Mag van scholen worden geëist dat elk geval van aanmelding individueel wordt onderzocht? Kan aanmelding centraal binnen het samenwerkingsverband worden geregeld? Welke eisen worden gesteld aan de informatieplicht van ouders en de motiveringslast van scholen? Zijn er maatregelen denkbaar die de motiveringslast van de afzonderlijke scholen in een samenwerkingsverband kunnen doen verlichten? Kan het kind worden verwezen naar een school in het samenwerkingsverband, tegen de signatuur of richting waarvan ouders fundamentele bezwaren koesteren? Is de rechtsbescherming bij niet toelating van het kind op de school van voorkeur adequaat geregeld, dient in het bijzonder de fase van bezwaar te worden gehandhaafd en kan de Commissie Gelijke Behandeling worden geacht effectieve bescherming te bieden?

De *centrale vraag* van deze bijdrage luidt: onder welke voorwaarden kan de evenwichtige verdeling van rechten en plichten tussen een schoolbestuur enerzijds en ouders die hun kind op de school van dat bestuur aanmelden anderzijds worden geoptimaliseerd bij invoering van de wettelijke zorgplicht passend onderwijs?

Als *deelvragen* zullen daarbij de zojuist vermelde vragen fungeren. Achtereenvolgens zal daarom in deze bijdrage aandacht worden besteed aan de volgende vragen/onderwerpen:

- Centraal aanmeldingsbeleid. (§ 2)
- Wie is zorgleerling in het kader van de zorgplicht? (§ 3)
- Selectie op basis van richting en de zorgplicht. (§ 4)
- Selectie van zorgleerlingen uit anderen hoofde dan de zorgplicht. (§ 5)

- Strekking van de motiveringsplicht en -last van scholen en mogelijkheden tot verlichting daarvan. (§ 6)
- Ruimte voor fundamentele bezwaren van ouders tegen de keuze van een school waarnaar de leerling wordt doorverwezen. (§ 7)
- De optimale rechtsbescherming vanuit het perspectief van scholen en ouders. (§ 8)
- Conclusies en aanbevelingen (§ 9)

2. Centraal aanmeldingsbeleid

Zorgplichtbepalingen als deze hebben voor het onderwijs vooral tot doel de complexiteit van regelgeving te reduceren. De inzet is om een forse deregulering door te voeren en het systeem van verwijzing van kinderen zo flexibel mogelijk te maken.⁴ De zorgplichtbepaling heeft niet alleen effect voor elk schoolbestuur binnen het samenwerkingsverband passend onderwijs, maar richt zich naar de aard ook tot hen.

Een en ander is inherent aan de huidige structuur van de onderwijswetgeving, welke zich richt op scholen. Het stellen van regels of bekostigingsvoorwaarden, waartoe de zorgplichtbepaling valt te rekenen, geschiedt in de richting van het bevoegd gezag van de onderwijsinstelling.⁵ Een wettelijke bepaling die de schoolbesturen in het samenwerkingsverband aanspoort om *als inspanningsverplichting* een centraal systeem van aanmelding van zorgleerlingen op het niveau van het samenwerkingsverband tot stand te brengen is daarom volledig in overeenstemming met de huidige stand van het onderwijsrecht.

Lastiger wordt het als centrale aanmelding op het niveau van het samenwerkingsverband bij voorbaat als *resultaat* wordt vooropgesteld door de wetgever. Hoe is dat te realiseren en wat zijn de bezwaren daarvan? Er zijn twee manieren te onderscheiden om centrale aanmelding ten behoeve van alle bij het samenwerkingsverband aangesloten scholen dwingend bij wet te regelen:

- a. De verplichting wordt rechtstreeks aan het samenwerkingsverband opgelegd.
- b. De verplichting wordt aan de schoolbesturen in het samenwerkingsverband opgelegd om daartoe te besluiten.

Ad a. In louter technische zin kan binnen het wettelijke systeem deze verplichting als bekostigingsvoorwaarde worden opgelegd bij de rechtstreekse toedeling van het vaste budget voor passend onderwijs aan het samenwerkingsverband. Onder meer voor het doel van bekostiging dient het samenwerkingsverband volgens het concept-wetsvoorstel immers rechtspersoonlijkheid (stichting of vereniging) te bezitten.⁶ Het effect is dan dat er aan het bestuur van de “rechtspersoon samenwerkingsverband” beslissingsmacht wordt toebedeeld

⁴ Zie Kamerstukken II 2007/08, 27 728, nr. 101.

⁵ Zie mijn: Zorgplichten in het onderwijs. Ondraaglijke lichtheid of serieus geschut?, RegelMaat 2008, afl. 4, p. 111-121.

⁶ Zie toelichting bij concept, p. 42: “Reden voor de keuze van een privaatrechtelijke rechtspersoon is dat bij de invoering van passend onderwijs de samenwerkingsverbanden meer taken krijgen en zij over een groter zorgbudget beschikken.”

die in zijn uitwerking de afzonderlijke schoolbesturen kan binden. In abstracto betekent dit dat, zonder instemming te hebben verkregen van de afzonderlijke schoolbesturen in het samenwerkingsverband de autonome beslissingsbevoegdheid bij de selectie van leerlingen op grond van richting of schoolbeleid (schoolgrenzenbeleid, schoolcapaciteitsbeleid) bij hen wordt weggehaald.

Dit staat op gespannen voet met artikel 23 Grondwet, in het bijzonder de in het vijfde lid van dat artikel beschermde vrijheid van richting en daarvan afgeleide vrijheid van inrichting van het bijzonder onderwijs. Een klein deel van het bijzonder onderwijs, plusminus 5 procent dat tot de kleine richtingen behoort en dat een consistent toelatingsbeleid op grond van richting voert, zal dit daadwerkelijk – en terecht – als een onrechtmatige inbreuk op het van de overheid en wetgever vereiste respect voor hun richting ervaren.⁷ Een grotere groep van bijzondere scholen zal kunnen stellen dat hun vrijheid van inrichting onevenredig wordt aangetast.⁸ De vrijheid van inrichting, dat stoelt op de vrijheid van richting en dat in dit geval de bevoegdheid omvat om eigen schoolbeleid (schoolgrenzenbeleid, schoolcapaciteitsbeleid) te voeren bij de selectie van leerlingen aan de poort, kan weliswaar worden beperkt door de wetgever maar niet zonder een zwaarwegende reden.⁹ Het eventuele argument om het aanmeldingsbeleid centraal te beleggen zodat afzonderlijke schoolbesturen worden ontlast zal juridisch niet overtuigend zijn. Dat kunnen we zelf wel beslissen, kunnen de schoolbesturen dan zeggen, daarvoor hebben we bemoeienis van de wetgever niet nodig.

Ad b. Het verschil met de voorgaande situatie is dat de schoolbesturen vrijheid wordt gegund bij de bepaling 'hoe' een centraal aanmeldingsbeleid eruit komt te zien, terwijl het 'wat' – de komst van zo'n centraal beleid – gegeven is. Dit is uiteraard een gunstiger uitgangspunt voor de autonomie van de schoolbesturen, maar net als onder a betekent dit uiteindelijk dat zij die een consistent toelatingsbeleid op grond van richting voeren de kern van hun vrijheid moeten opgeven, omdat de wetgever dit wil. Ook hier staat de maatregel op gespannen voet met de vrijheid van richting van artikel 23 Grondwet en de daarvan afgeleide vrijheid van inrichting van het bijzonder onderwijs. Een beslissend verschil tussen deze variant en het Nijmeegse systeem is bijvoorbeeld dat daar de instantie van centrale aanmelding voor leerlingen is opgericht op basis van vrije wilsovereenstemming tussen de besturen van alle scholen die zich op Nijmeegs grondgebied bevinden.¹⁰

⁷ Hoewel het hier om *inrichtings*vrijheid gaat is zij zo vervlochten met *richting*, dat beperkingen hierop niet gauw toelaatbaar zullen zijn. Zie Onderwijsraad, Vaste grond onder de voeten. Een verkenning inzake artikel 23 Grondwet, adviesnr. 20020284/674, Den Haag juli 2002, p. 60.

⁸ Dat wil niet zeggen dat onder omstandigheden, als het bijzondere geval zich daarvoor leent, een zorgplicht moet worden aangenomen voor het bevoegd gezag van een aantal scholen tot plaatsing van een leerling op een andere school dat onder hem berust. Zie Hof Amsterdam 1 februari 2011, LJN: BP2670. Maar dat is uiteraard iets anders dan een algemeen wettelijk gebod tot het inleveren van de eigen beslissingsmacht ten gunste van een centraal aanmeldingsbeleid. Bovendien is het maar de vraag of, als het samenwerkingsverband in het kader van passend onderwijs eenmaal goed functioneert, dit soort jurisprudentie nog mogelijk is. Naar mijn mening niet.

⁹ A.w., p. 60/61.

¹⁰ Vgl. B.P. Vermeulen, P.J.J. Zoontjens, Toelatingsbeleid ter bestrijding van segregatie, in: P.W.A. Huisman en P.J.J. Zoontjens (red.), Selectie bij toegang tot het onderwijs. Een juridische studie over toelating en verwijdering van onderwijsdeelnemers per thema en onderwijssector, Deventer: Kluwer 2009, p. 213-243.

De conclusie moet luiden dat een eventuele wettelijke bepaling, overigens niet opgenomen in het huidige concept-wetsvoorstel, die een aanmeldings- en selectiebeleid op het niveau van het samenwerkingsverband dwingend oplegt in strijd moet worden geoordeeld met artikel 23 Grondwet. Niets belet echter de aangesloten schoolbesturen om bij gezamenlijke afspraak zo een centraal aanmeldingsbeleid in het leven te roepen.

3. Zorgleerling en zorgplicht

Wat moet worden verstaan onder zorgleerling? Een heldere definitie ontbreekt in het concept-wetsvoorstel. In de toelichting (p. 35) wordt echter het volgende opgemerkt:

“Deze zorgplicht zal van toepassing zijn op leerlingen die extra ondersteuning nodig hebben in het onderwijs en die niet zonder meer het onderwijs kunnen doorlopen. In het primair onderwijs gaat het om leerlingen die in de huidige situatie onderwijs volgen op een speciale school voor basisonderwijs, op een basisschool met een rugzak of op een school voor basisonderwijs met ondersteuning vanuit het samenwerkingsverband weer samen naar school. In het voortgezet onderwijs gaat het om leerlingen die nu onderwijs volgen op een school voor (v)so of met een rugzak in het regulier voortgezet onderwijs, op een school voor voortgezet onderwijs met ondersteuning vanuit het samenwerkingsverband vo, leerlingen die met leerwegondersteuning één van de leerwegen van het voorbereidend middelbaar beroepsonderwijs volgen en tot slot leerlingen die praktijkonderwijs volgen. Dit betekent dat hieronder niet worden verstaan leerlingen die bijvoorbeeld alleen een taalachterstand hebben en extra ondersteuning nodig hebben om die achterstand in te lopen.”

Maar de vraag is of alleen een toelichting kan volstaan. Zorgleerlingen worden volgens het concept-wetsvoorstel zelf aangeduid als “leerlingen die extra ondersteuning behoeven”.¹¹ Het ligt niet aanstonds voor de hand deze groep te beperken tot kinderen met een handicap of chronische ziekte, hoewel ook deze laatste groep mank gaat aan een heldere afbakening. Uitgangspunt bij de bepaling wie onder de werking van de Wet gelijke behandeling op grond van handicap en/of chronische ziekte (Wgbh/cz) valt is, aldus de memorie van toelichting, dat het moet gaan om situationeel bepaalde beperkingen die een handicap of een chronische ziekte met zich mee kunnen brengen en niet om nauw te omschrijven eigenschappen van een persoon. Er worden verder wel enige algemene handvaten voor een begripsbepaling gegeven: handicaps en chronische ziekten kunnen fysiek, verstandelijk of psychisch van aard zijn. Een handicap is voorts in beginsel onomkeerbaar. Een chronische ziekte is dat soms niet, maar is in ieder geval langdurig van aard.¹²

De groep van leerlingen “die extra ondersteuning behoeven” is in aanleg ruim. Dat komt omdat bij de afgrenzing ervan pedagogisch-didactische maatstaven een bepalende rol spelen. Dat iemand een handicap heeft maakt hem nog niet tot een leerling die extra

¹¹ Zie considerans en wijzigingen van bijvoorbeeld art. 8 Wpo en 17b Wvo.

¹² Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel Gelijke behandeling op grond van handicap en/of chronische ziekte, Kamerstukken II 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 24.

ondersteuning heeft,¹³ wel als die handicap tot gevolg heeft dat hij of zij belemmeringen ondervindt bij het volgen van onderwijs, die niet zonder ondersteuning van de zijde van de school kunnen worden weggenomen. Op deze wijze moeten ook zorgleerlingen buiten de groep van kinderen met een handicap worden gezocht. Men denke aan kinderen die bijvoorbeeld vanwege afkomst of milieu, opvoeding en status in de groep belemmeringen ondervinden in het leerproces of aan hoogbegaafde kinderen die zich zonder ondersteuning moeilijk staande kunnen houden.

De omschrijving van zorgleerling in het concept-wetsvoorstel sluit daarmee enigszins aan bij de in artikel 312 van de Engelse Education Act vastgelegde term “special educational needs” (SEN): “A child has ‘special educational needs’ for the purposes of this Act if he has a learning difficulty which calls for special educational provision to be made for him”. Maar de Engelse situatie laat ook beperkingen zien. In hetzelfde wetsartikel zijn bijvoorbeeld van de definitie van SEN uitgezonderd kinderen waarvan de eerste taal niet het Engels is. Verder kan worden geconstateerd dat hoogbegaafden feitelijk buiten de definitie vallen, waarschijnlijk omdat hun problematiek naar de letter moeilijk is te rangschikken onder “learning difficulties”. Dit vormt overigens geen reden voor de Engelse overheid om hoogbegaafden van specifieke aandacht in de school uit te sluiten. Daarvoor worden thans specifieke maatregelen in het vooruitzicht gesteld die sterk lijken op de procedurele maatstaven voor de benadering van SEN-leerlingen.¹⁴

Dichter in de buurt van waar “extra ondersteuning” van de zorgleerling in aanleg voor staat lijkt te komen de term “additional support needs” in de Schotse Additional Support for Learning Act van 2004. In een circulaire van 2 juni 2004 wordt over deze term door de Schotse overheid het volgende opgemerkt:

“The definition of *special educational needs* traditionally only applies to children and young people with particular types of learning needs. The new concept of *additional support needs* refers to any child or young person who, for whatever reason, requires additional support for learning. Additional support needs can arise from any factor which causes a barrier to learning, whether that factor relates to social, emotional, cognitive, linguistic, disability, or family and care circumstances. For instance, additional support may be required for a child or young person who is being bullied; has behavioural difficulties; has learning difficulties; is a parent; has a sensory or mobility impairment; is at risk; or is bereaved.”¹⁵

Nu het in potentie om een doelgroep gaat, waarvan de kern weliswaar wordt gevormd door kinderen met een handicap of chronische ziekte die belemmeringen ondervinden in het onderwijs, maar waarvan ook leerlingen die een ander type “extra ondersteuning” behoeven

¹³ We spreken in het vervolg korthedshalve over “zorgleerling” tenzij anders aangegeven.

¹⁴ Vgl. de publicatie “Gifted and Talented education – pupil and parent guarantees van het Britse Department for children, schools and families, Crown copyright 2010, <http://nationalstrategies.standards.dcsf.gov.uk/files/downloads/pdf/64569b57641dbb4450f93a88ae5aee14.pdf> .

¹⁵ Scottish Executive, Education Department, Summary Handout on the Additional Support for Learning Act, 2nd edition, Edinburgh June 2004, <http://www.scotland.gov.uk/Resource/Doc/47251/0023736.pdf>.

deel uit kunnen maken, ligt een aantal overwegingen voor de hand. Ik noem er vier:

- Moet de “extra ondersteuning”, voor zover het consequenties heeft voor het budget van het samenwerkingsverband en voor andere scholen in het samenwerkingsverband, niet al in aanleg beperkt worden opgevat? Refererend aan de Schotse invulling van “extra ondersteuning” via het begrip “additional support needs” zijn bijvoorbeeld ook tienermoeders, kinderen die gepest worden en personen die met een misdrijf zijn geconfronteerd tot zorgleerlingen te rekenen. Bij dit soort leerlingen ligt het evenwel voor de hand dat zij onder de algemene verantwoordelijkheid vallen van elke school afzonderlijk om individuele begeleiding te bieden in het onderwijs, die is afgestemd op de behoeften van de leerling (artikel 8, vierde lid, Wpo).¹⁶ Een betekenis van “extra ondersteuning” die in de kern aansluit bij die gevallen die vóór passend onderwijs onder WSNS, LGF, LWOO en Praktijkonderwijs vielen zou zeer wel in de rede liggen en een soepele overgang naar het nieuwe systeem kunnen bewerkstelligen. Op deze wijze zou m.i. de aangehaalde passage van de toelichting bij het concept-wetsvoorstel gelezen moeten worden.
- Maar daarmee kunnen we niet volstaan. Moeten daarnaast niet bepaalde groepen expliciet van “extra ondersteuning” in de wet worden uitgezonderd, zoals in de Engelse situatie is gebeurd? Ik zou menen dat de problematiek van achterstandsleerlingen te bijzonder is om deze in een algemene definitie van “extra ondersteuning” mee te nemen. Uitzondering is dus gewenst.¹⁷ Over de groep van hoogbegaafden dient op zijn minst te worden nagedacht. In de toelichting ontbreekt daarvoor thans enig aanknopingspunt.
- Als aan een norm van “extra ondersteuning” wordt gehecht, moet hierbij dan niet meer helderheid worden verschaft over de procedure waarlangs tot het aanbod van “extra ondersteuning” wordt besloten en volgens welke die “extra ondersteuning” tot een overzichtelijke, afdwingbare verplichting van het schoolbestuur wordt geconcretiseerd?¹⁸ Voor de verzekering van de betrokkenheid van ouders dient systematisch te worden tegemoet gekomen aan hun behoefte aan informatie. Te denken valt aan een procedure waarbij vragen worden geoperationaliseerd als: wanneer en hoe wordt een kind als zorgleerling geïdentificeerd?; wat gebeurt er als er tussen ouders en school onenigheid bestaat over de uitkomst van de indicatie?; wie bepaalt welke soort van “extra ondersteuning” wordt aangeboden aan het kind, de ouders, de school (al of niet met inspraak van de ouders) of beide?; kan bij de bepaling van het aanbod van “extra ondersteuning” een rol spelen het feit dat ouders daarvoor middelen (zorgbudget, eigen middelen) beschikbaar willen stellen aan de school?; hoe wordt het zorgaanbod geformaliseerd tot een set van rechten en verplichtingen dat geldt tussen school en

¹⁶ Omdat een dergelijke bepaling in de Wvo ontbreekt, maar ook daar die verantwoordelijkheid van de afzonderlijke school speelt, verdient het wellicht aanbeveling om in de Wvo een gelijksoortige bepaling op te nemen.

¹⁷ Het verdient overigens om technische redenen overweging om achterstandsleerlingen van “extra ondersteuning” als hier bedoeld uit te sluiten.

¹⁸ Op basis van art. 313 van de Education Act 1996 heeft de Britse Secretary of State een lijvige Code of Practice voor SEN vastgesteld, waarin datgene wat over en weer tussen autoriteiten, schoolbesturen en ouders mag worden verwacht is beschreven. Zie <http://www.teachernet.gov.uk/doc/3724/SENcodeofpractice.pdf>.

ouders?; etc.

- Is in het kader van een ruim begrip van zorgleerling de rechtsbescherming op basis van de Wgbh/cz adequaat? Voor zover in het kader van passend onderwijs in aanleg een beperkte interpretatie van “extra ondersteuning” wordt voorgestaan, zoals hierboven bepleit, lijken geschillen met scholen in het samenwerkingsverband zonder veel moeite ingepast te kunnen worden in de definitie van handicap en chronische ziekte, zoals de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) die hanteert in het kader van de Wgbh/cz. We zagen aan het begin van deze paragraaf dat het om een open definitie gaat. Zie over de rol van de CGB nader in § 8.

4. Richting en zorgplicht

Kan de zorgplicht afbreuk doen aan de bevoegdheid van een school voor bijzonder onderwijs, om leerlingen te selecteren op basis van richting? De toelichting bij het concept-wetsvoorstel zegt het volgende:

“Voor zover het betreft het bijzonder onderwijs, kan het bevoegd gezag op grond van de vrijheid van richting bij de toelating van leerlingen denominatieve aspecten laten meewegen. Dit verandert niet met de zorgplicht. De zorgplicht is dan ook geen acceptatieplicht voor de school waarbij de leerling is aangemeld.”

Deze formulering wekt verwarring. Ook *met* een acceptatieplicht kan een school “denominatieve aspecten laten meewegen” door bijvoorbeeld respect te vragen voor de richting. Het een volgt dus niet automatisch uit het ander. De vrijheid om leerlingen te selecteren op grond van richting is, zoals al opgemerkt, sterk. Hoewel het hier om inrichtingsvrijheid gaat is zij zo vervlochten met richting, dat beperkingen hierop niet gauw toelaatbaar zullen zijn. In de wetgeving zien we uitzonderingen geregeld op deze vrijheid als vanwege het ontbreken van openbaar onderwijs in de regio de bijzondere school een monopoliepositie inneemt.¹⁹ Bovendien geldt er een acceptatieplicht voor speciale scholen voor basisonderwijs en speciale scholen. In wezen is hier ook de monopoliepositie in het geding.²⁰ In samenwerkingsverbanden geldt het argument van de monopoliepositie doorgaans niet, omdat naar verwachting een divers patroon van aanbod naar denominatie en signatuur zal ontstaan. Verder moet worden bedacht dat de vrijheid van selectie slechts, zoals al opgemerkt, een heel kleine minderheid van de bijzondere scholen toekomt die bovendien in homogeen samengestelde voedingsgebieden (Veluwe, delen van Zeeland, etc.) staan. Het ligt daarom niet in de rede om te veronderstellen dat de invoering van een acceptatieplicht voor alle (reguliere) scholen zal bijdragen aan de oplossing van een reëel probleem. Met de strekking van de toelichting bij het concept-wetsvoorstel kan derhalve worden ingestemd.

5. Mogelijkheden van selectie van leerlingen naast de zorgplicht?

¹⁹ Vgl. art. 58 Wpo, 48 Wvo en 8.1.2 Web.

²⁰ Zie art. 40 Wpo en 40 Wec.

Hoe verhoudt zich de bijzondere verantwoordelijkheid van (besturen van) reguliere scholen tot plaatsing van zorgleerlingen met andere mogelijkheden om leerlingen aan de poort van de school te selecteren? Kan met andere woorden de aanmelding van een zorgleerling terzijde worden geschoven door de reguliere school, omdat bijvoorbeeld de leerling niet geschikt is voor het volgen van onderwijs, de school 'vol' is of deze leerling in een postcodegebied woont dat toegang geeft tot een andere school van hetzelfde bevoegd gezag?

Geen toegang bij ongeschiktheid en gedragsproblemen

Het is inmiddels vaste jurisprudentie dat een zorgleerling over wie objectief is vastgesteld dat hij of zij in aanleg ongeschikt is tot het volgen van onderwijs niet op een reguliere school thuis hoort. Volgens de Commissie Gelijke Behandeling geldt de maatstaf van gelijke behandeling ingevolge de Wgbh/cz niet als een leerling ongeschikt is tot het volgen van onderwijs. Verder is volgens de rechtspraak ongeschiktheid een grond tot weigering van toegang tot een reguliere school als deze "niet met LGF-middelen (kan) worden opgeheven".²¹

Ook als een zorgleerling ernstige gedragsproblemen met zich meebrengt kan hem het verblijf op een reguliere school worden ontzegd.²² Vermeden moet worden dat deze grond als een ontsnappingsroute zal worden benut door scholen die "handelingsverlegen" zijn. Niet-toelating of verwijdering van een leerling wegens gedragsproblemen zal in de praktijk makkelijker te rechtvaardigen te zijn dan uitsluiting vanwege de "extra ondersteuning" die hij behoeft. Zeker onder passend onderwijs, en het daarbij ingevoerde plaatsingsrecht, zullen argumenten van handelingsverlegenheid ten aanzien van de "extra ondersteuning" niet veel kans mogen krijgen om een leerling van onderwijs uit te sluiten. Daarom is het van het grootste belang dat bij beslissingen van niet-toelating of verwijdering de grens tussen een gedragsprobleem dat de orde, rust en veiligheid op de school in het gedrang brengt en een probleem van "handicap gerelateerd" gedrag, waarmee de school in logistieke of pedagogisch-didactische zin niet goed raad weet zo scherp mogelijk wordt getrokken.

Toegang ondanks schoolselectiebeleid

In de jurisprudentie wordt het door een schoolbestuur geformuleerd beleid dat is gericht op de handhaving van een maximum opnamecapaciteit van zijn scholen en groepen of klassen ('vol is vol'-beleid) in aanleg aanvaardbaar geacht.²³ Dat geldt zowel voor het openbaar als bijzonder onderwijs, maar er is een verschil. Het bestuur van een bijzondere school kan dit beleid als gevolg van de eigen inrichtingsvrijheid dwingend opleggen aan onderwijsvragers. Bij het openbaar onderwijs ligt het genuanceerder: ouders die hun kind aanmelden kunnen

²¹ Zie ABRvS 16 mei 2007, LJN: BA5240. Zie ook lagere rechters op LJN: AY3954, AY3896 en AY3892.

²² Rb. Amsterdam 9 januari 2002, J.O. 2002, nr. 17; Vzr. Rb. Zwolle 3 juli 2003, J.O. 2004, nr. 2; Vzr. Rb. Haarlem 18 maart 2004, J.O. 2004, nr. 23; Rb. Haarlem 13 juni 2005, LJN: AT9498; Vzr. Rb. Zwolle-Lelystad 6 november 2007, LJN: BB7200 en Rb. Haarlem 4 mei 2010, LJN: BN2431.

²³ Pres. Rb. Utrecht 23 november 2000, LJN: AA8433 (bijzonder onderwijs); Afdeling rechtspraak van de Raad van State (AR) 29 juli 1985, JO 4816, AB 1986, 191; ABRS 1 september 2004, Gemeentestem 7226, nr. 46 m.n. P.J.J. Zoontjens (openbaar onderwijs). Zie recentelijk, met betrekking tot zowel bijzondere als openbare scholen: Rb. Amsterdam 8 maart 2010, LJN: BL6789.

wel worden weggestuurd, maar alleen als zij daardoor niet verstoken zijn van de keuze voor een openbare school binnen redelijke afstand van de woning. Het is nu eenmaal de grondwettelijke taak van het lokale bestuur om te voorzien in voldoende gelegenheid tot het volgen van openbaar onderwijs.²⁴

De mogelijkheid van het voeren van een *schoolwijken- of postcodebeleid* in het openbaar onderwijs is gebaseerd op art. 65 Wpo voor het basisonderwijs. Wat betreft de overige sectoren en wat betreft het bijzonder onderwijs is het gebaseerd op rechtspraak. Art. 65 Wpo wijst de gemeenteraad aan om voor de openbare scholen een schoolwijken- of postcodebeleid in te stellen. Individuele ouders die zich hiermee niet kunnen verenigen kunnen echter via een schriftelijk tot het college van B&W gericht bezwaar onder dit beleid uitkomen. Hoewel er geen afdwingbaar individueel recht bestaat op keuze voor een bepaalde openbare school kunnen ouders ook niet door de overheid worden gedwongen om hun kinderen naar een bepaalde openbare school te sturen.²⁵

In het bijzonder onderwijs is er sprake van een dwingende bevoegdheid. Ouders kunnen zich niet met succes verzetten tegen de beslissing dat hun kind toegang wordt geweigerd tot de school van hun keuze, tenzij zou blijken dat het bestuur in redelijkheid niet tot de beslissing had kunnen komen.²⁶

De vraag is nu of, als een school (een of beide van) deze vormen van schoolselectiebeleid voert, een zorgleerling die zich heeft aangemeld op die grond toelating kan worden geweigerd. De vrijheid van inrichting krachtens artikel 23 Grondwet, waarop deze vormen van schoolselectiebeleid in het bijzonder onderwijs steunen en de hiervoor relevante pedagogische autonomie van het openbaar onderwijs, moeten door de overheid worden gerespecteerd. Maar daarop zijn beperkingen mogelijk als deze berusten op een zwaarwegende reden van algemeen belang. De Onderwijsraad merkt daarbij op dat de beperkingen reëel moeten zijn en dienen te voldoen aan randvoorwaarden zoals proportionaliteit en subsidiariteit.

“Dat betekent dat sommige beperkingen niet aanvaardbaar zijn. Zo is het ten eerste niet goed voorstelbaar dat scholen verplicht zouden worden leerlingen te blijven aannemen als ze echt ‘vol’ zitten, en niet op zeer korte termijn aanvullende onderwijshuisvesting te realiseren is. Dat geldt met name voor de bijzondere scholen en de op afstand geplaatste openbare scholen, die voor hun onderwijshuisvesting van het gemeentebestuur afhankelijk zijn. (...) Evenzo is het niet goed denkbaar scholen die echt ‘vol’ zitten te verplichten nog meer leerlingen aan te nemen als ze niet in staat zijn op afzienbare termijn extra leerkrachten aan te nemen, gezien met name het lerarentekort.”²⁷

Een wettelijke norm die erop neerkomt dat elke zorgleerling die zich aanmeldt in ieder geval

²⁴ Zie ook B.P. Vermeulen, P.J.J. Zoontjens, Toelatingsbeleid ter bestrijding van segregatie, a.w., p. 242.

²⁵ ABRS 1 september 2004, Gemeentestem 7226, nr. 46 m.n. P.J.J. Zoontjens.

²⁶ Pres. Rb. Utrecht 23 november 2000, LJN: AA8433. Zie ook Pres. Rb. Rotterdam 5 januari 1990, JO 1990, 44.

²⁷ Onderwijsraad, Vaste grond onder de voeten. Een verkenning inzake artikel 23 Grondwet, adviesnr. 20020284/674, Den Haag juli 2002, p. 61.

binnen het samenwerkingsverband geplaatst moet worden, kan als een legitieme beperking op het 'vol is vol'-beleid en schoolwijkenbeleid worden beschouwd. Het is een redelijk middel tot het bereiken van het redelijke doel om het recht op toegang van zorgleerlingen tot het reguliere onderwijs te verzekeren (proportioneel). Verder hoeft de norm niet meer inbreuk te maken op de autonomie van de scholen dan voor het doel noodzakelijk is (subsidiar). Een en ander betekent dat een school die krachtens indicatie van de leerling en het eigen zorgprofiel als de meest aangewezen moet worden beschouwd in het samenwerkingsverband om de leerling toe te laten, geen beroep kan doen op het eigen selectiebeleid. Om aan de bezwaren die de Onderwijsraad hierboven formuleert tegemoet te komen, moet daarvoor een uitzondering op het schoolwijken- of postcodebeleid voor die leerling worden toegestaan en moet bij het opstellen van criteria voor toelating krachtens 'vol is vol'-beleid een verplichte prioritaire positie worden toegekend aan de voor toelating in aanmerking komende zorgleerlingen, bijvoorbeeld door het per school vooraf reserveren van een aantal plaatsen voor die leerlingen. Een en ander zou alsnog in het wetsvoorstel moeten worden verwerkt.

6. Verlichting motiveringslast van besturen van reguliere scholen

Zware motiveringslast

De positie van zorgleerlingen, als leerlingen die "extra ondersteuning" behoeven, wordt beschermd door het gelijkheidsbeginsel. De ratio van de "extra ondersteuning" is om de betreffende leerling in een gelijke uitgangpositie met anderen te brengen in het onderwijs door de achterstand in pedagogisch-didactisch opzicht ten opzichte van anderen weg te werken. Maar de groep van zorgleerlingen is naar de aard heterogeen. De aard van de benodigde "extra ondersteuning" kan per geval grote verschillen te zien geven, waarbij het maar de vraag is of die steeds door een school kan worden geleverd. Dat betekent dat volgens datzelfde gelijkheidsbeginsel dus nooit kan worden uitgesloten dat het belang van een zorgleerling onder omstandigheden beter kan zijn gediend met plaatsing op een andere school dan die van zijn of zijn ouders' keuze.

Reguliere scholen hebben daarom het principiële recht te claimen dat ze onvoldoende zorg kunnen bieden aan een bepaalde leerling, omdat bijvoorbeeld de expertise of de financiële of fysieke mogelijkheden ontbreken. Het Duitse constitutionele hof heeft al in de jaren negentig indringend uiteengezet dat bij de vraag of personen met een handicap toegang moeten hebben tot regulier onderwijs concurrerende rechten spelen die in een afweging op elkaar moeten worden betrokken. Deze afweging kan zonder problemen worden uitgebreid naar zorgleerlingen in het algemeen. Niet alleen speelt er het opvoedingsrecht van de ouders en het eigen recht van de leerling op vrije ontplooiing en op deelname aan adequaat op zijn mogelijkheden afgestemd onderwijs, er is ook de verplichting van het bevoegd gezag van de school om een leerling niet vanwege zijn handicap ongelijk te behandelen ten opzichte van andere leerlingen.²⁸ Van ongelijke behandeling kan in bepaalde

²⁸ Bundesverfassungsgericht, 8 Oktober 1997, 1 BvR 9/97, BVerfGE 96, 288 (Integrative Beschulung). Het gaat hier om rechten die, anders dan in Nederland, alle expliciet in het Duitse Grundgesetz zijn vastgelegd. Ook bij ons maken ze evenwel onderdeel uit van het geldende recht.

omstandigheden sprake zijn als het bevoegd gezag het kind niet op zijn school toelaat. In andere omstandigheden zou daarvan juist sprake kunnen zijn wanneer het kind wel wordt toegelaten, maar door feitelijk onvermogen van de leerkrachten geen onderwijs op adequaat niveau kan ontvangen. Het beginsel van gelijke behandeling maakt dus een steeds op de concrete omstandigheden afgestemde afweging door het bevoegd gezag noodzakelijk.

Duidelijk kwam de eis van een op de concrete omstandigheden afgestemde afweging aan de orde in de LGF-zaken, waarover de ACTB tijdens haar bestaan had te oordelen. Volgens de ACTB was het in ieder geval uitgesloten dat het bevoegd gezag van een reguliere school zich ten aanzien van de geïndiceerde leerling in het algemeen kan beroepen op restrictief beleid dat in de schoolgids of het schoolplan is neergelegd. Individuele toetsing is vereist. Zodoende werd het beroep op het eigen aannamebeleid, waarin broertjes en zusjes van bestaande leerlingen en buurtkinderen voorrang krijgen en waarbij wordt gewerkt met een maximaal aantal beschikbare plaatsen per aanmeldingsronde, afgewezen omdat het niet aan het vereiste van individuele toetsing voldeed.²⁹ Evenmin was er volgens haar van individuele toetsing sprake toen ter onderbouwing van de afwijzende beslissing door het bevoegd gezag werd gesteld dat kinderen met gedragsmoeilijkheden of een psychiatrische stoornis (vergelijkbaar met indicaties voor ZMOK-onderwijs) niet worden toegelaten.³⁰ Als er géén beleid in schoolgids of schoolplan was vastgelegd, wat overigens sinds de inwerkingtreding van de Wet regeling leerlinggebonden financiering in 2003 verplicht was,³¹ kon dit uiteraard niet ten nadele van de zich aanmeldende leerling worden uitgelegd. Het bevoegd gezag moest dan in zijn afwijzingsbeslissing overtuigend aantonen dat er sprake is geweest van een zorgvuldige belangenafweging voor het betreffende geval.³² Voorts gold dat de enkele stelling dat de zorgstructuur en het pedagogisch klimaat op de school onvoldoende basis bieden om de leerling adequaat op te vangen, niet door de beugel kon.³³ Tenslotte zijn ook argumenten die verwijzen naar een tekort aan expertise in de school, naar een gebrekkig draagvlak voor toelating van de LGF-leerlingen in de school of naar gebouwtechnische bezwaren, onvoldoende draagkrachtig bevonden. Doorslaggevend moet zijn – aldus nog eenmaal de ACTB – dat het bevoegd gezag in het betreffende geval onderzoek heeft gedaan en deskundigen heeft geraadpleegd, maar daarvan was geen sprake.³⁴

In het stelsel van de Wgbh/cz is de toetsing van het individuele geval opgebouwd uit twee fases. Eerst wordt nagegaan, als een soort voorvraag, of de betrokken leerling of student in verband met zijn handicap of chronische ziekte geschikt moet worden geacht tot het volgen van een opleiding. Is dat namelijk niet het geval dan komt men aan de vraag of er ongeoorloofd onderscheid heeft plaatsgevonden niet meer toe. Het oordeel over de geschiktheid dient te berusten op door onderzoek verkregen adequate en geobjectiveerde

²⁹ Vgl. ACTB 2004/9; zie: < http://www.actb.nl/images/oc_actb_adviezen_van_de_actb.doc >.

³⁰ ACTB 2004/1, 2.

³¹ Vgl. artikel 12, tweede lid, en artikel 13, eerste lid, onder c, Wpo; artikel 24, tweede lid, en artikel 24a, eerste lid, onder b, Wvo.

³² ACTB 2004/1-3, 2004/6-8; zie: < http://www.actb.nl/images/oc_actb_adviezen_van_de_actb.doc >.

³³ ACTB 2004/1 en 2.

³⁴ ACTB 2004/8.

informatie³⁵ en dient aan eisen van zorgvuldigheid te voldoen, zowel wat betreft totstandkoming als bekendmaking.³⁶ Het bevoegd gezag mag zich daarbij niet laten leiden door vooronderstellingen met betrekking tot de beperkingen van de studerende.³⁷ Is de eerste fase met succes gepasseerd, dan komt de vraag naar de geoorloofdheid van het onderscheid aan de orde. In gewone mensen termen: een studerende wordt gediscrimineerd als hem toegang tot de school of opleiding wordt ontzegd, terwijl het voor het bevoegd gezag in de rede had gelegen die toegang mogelijk te maken via een doeltreffende aanpassing. In het algemeen zijn volgens de Commissie Gelijke Behandeling aanpassingen doeltreffend als mensen met een handicap of chronische ziekte daardoor in staat worden gesteld op voet van gelijkheid te participeren in de samenleving.³⁸ Ook hier blijkt van een eis om een afweging te maken in het licht van de concrete omstandigheden. Of een aanpassing noodzakelijk is, is niet afhankelijk van de wensen van de studerende, maar dient aan de hand van objectieve criteria te worden vastgesteld.³⁹ Daarbij gelden een zekere informatie- en onderzoeksplicht van de zijde van de instelling,⁴⁰ in die zin dat de onderwijsvragende moet worden ingelicht over het beleid van de instelling en de instelling bij hem actief navraag moet doen over eventuele te treffen aanpassingen. Als evenwel het verzoek van de onderwijsvragende te ongespecificeerd is, kan het instellingsbestuur niet worden verweten dat geen aanpassingen zijn verricht.⁴¹ Het initiatief om te komen tot een doeltreffende aanpassing ligt uiteindelijk bij de chronisch zieke (of gehandicapte).⁴² Het instellingsbestuur moet een zekere voortvarendheid betrachten bij de reactie op een verzoek en bij de te verrichten aanpassingen.⁴³

De eis van individuele en zorgvuldige toetsing per geval staat ook in de rechtspraak voorop, zowel bij LGF-⁴⁴ als WSNS-leerlingen. Als een leerling eenmaal is geïndiceerd, ook als dit is geschied in het kader van samenwerkingsverband WSNS, mag het bevoegd gezag van de reguliere basisschool tot verwijdering van die leerling overgaan als het aannemelijk kan maken dat de basisschool niet in staat is de leerling die zorg te bieden die hij nodig heeft voor zijn verdere ontwikkeling.⁴⁵

Lichte motiveringslast voor toekomst

Hoe moet deze stand van zaken worden beoordeeld in het kader van passend onderwijs,

³⁵ CGB 20 juli 2004, oordeel 2004-94.

³⁶ CGB 13 mei 2008, oordeel 2008-51.

³⁷ CGB 20 juli 2004, oordeel 2004-94, CGB 29 november 2005, oordeel 2005-230 en CGB 13 mei 2008, oordeel 2008-51.

³⁸ Kamerstukken II 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 8.

³⁹ CGB 10 juli 2007, oordeel 2007-128.

⁴⁰ Zie specifiek over de plicht van de instelling om te onderzoeken of het niet behalen door de betrokken student van een reeks toetsen, aanpassingen voor hem noodzakelijk maakt: CGB 9 februari 2005, oordeel 2005-18.

⁴¹ CGB 29 mei 2008, oordeel 2008-56.

⁴² CGB 1 mei 2006, oordeel 2006-81.

⁴³ CGB 31 januari 2005, oordeel 2005-11.

⁴⁴ V.zr. Rb. Zwolle-Lelystad 19 mei 2005, Reg.nrs: AWB 05/324 en AWB 05/942; V.zr. Rb. Rotterdam 24 januari 2005, LJN: AS4379, J.O. 2005, nr. 5 en ABRvS 16 november 2005, LJN: AU6238.

⁴⁵ Rb. Almelo 27 augustus 2004, LJN: AQ8307. In casu achtte de rechter het aannemelijk dat de reguliere (openbare) school niet zelf die zorg kon bieden.

waarbij de scholen die met elkaar samenwerken in een regionaal ingedeeld verband zodanig in positie worden gebracht dat zij:

- a. In beginsel alle een aandeel moeten leveren in het aanbod van passend onderwijs, nu een recht op plaatsing van een zorgleerling wordt vastgelegd?
- b. Door uitwerking van hun zorgplicht in zorgprofielen vooraf kunnen aangeven op welk terrein zij aan de vraag naar passend onderwijs kunnen voldoen?

In de thans bekende jurisprudentie is noch de situatie van a, noch die van b aanwezig. Totnogtoe heeft de jurisprudentie uit moeten gaan van het beeld van een reeks verspreide “stand alone scholen” die elk voor zich worden geconfronteerd met een zorgvraag van een ouder van een geïndiceerd kind. Daarbij is een soort alles-of-niets-situatie aan de orde voor de school én de ouder: óf de school kan die zorg (aanpassing) bieden na analyse van de aanwezige handicap van het kind in relatie tot de eigen mogelijkheden óf de school kan het niet.

Maar als blijkt dat de school in de nabije toekomst deel uitmaakt van een verband, met andere woorden een “netwerkschool” is geworden die door de structurering van het aanbod onderdeel is van een groter geheel, liggen de zaken vermoedelijk anders. Daarvoor moeten we eerst nagaan welk belang is gemoeid met de zojuist beschreven eis van individuele toetsing in het huidige stelsel. Dat is mijns inziens gelegen in het feit dat de zorgleerling (of zijn ouders) maximale zekerheid moet(en) hebben over zijn kansen op onderwijs, in casu op toegang tot de (reguliere) school. Het recht op toegang tot onderwijs, en het schoolkeuzerecht zijn als beginselen beschermd in het kader van het in verschillende internationale verdragen vastgelegde recht op onderwijs.⁴⁶ Deze rechten hebben dus een grondrechtelijke status, veronderstellen een subjectief belang en een algemene verplichting van de overheid⁴⁷ om daaraan zoveel mogelijk tegemoet te komen.⁴⁸ De ontzegging van toegang in een bepaald geval is in dit licht alleen aanvaardbaar als daarbij – om de al eerder opgevoerde Duitse constitutionele rechter te parafraseren – het recht op onderwijs van de betrokkene juist gediend wordt. Het spreekt dan vanzelf dat eenieder binnen de rechtsorde, waaronder de betrokkene, over de noodzaak en onvermijdelijkheid van de afweging die al of niet leidt tot die ontzegging inzicht wordt geboden. En het ligt voor de hand dat – zoals bij LGF het geval is – op het schoolbestuur, als de meest gereede partij, de last wordt gelegd om dit overtuigend aan te tonen.

In de situatie na invoering van passend onderwijs staat het recht op toegang van zorgleerlingen voorop. Aan het individuele recht op het ontvangen van onderwijs wordt in dat geval voldaan. Ouders hebben dan een subjectief recht op plaatsing van hun kind op een reguliere school in een bepaald samenwerkingsverband, tenzij plaatsing objectief gesproken niet kan, vanwege gebleken ongeschiktheid van het kind tot het volgen van onderwijs of

⁴⁶ Te wijzen valt op art. 13 Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele rechten (IVESC), art. 28 en 29 van het Verdrag inzake de Rechten van het Kind (VRK), art. 14 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (HvGEU) en art. 2, Eerste Protocol, van het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM).

⁴⁷ Waaronder ook begrepen scholen die volledig door de overheid worden gefinancierd.

⁴⁸ Zie mijn: Het beweeglijke recht op onderwijs. Op zoek naar ankerpunten in een permanente ontwikkeling, inaugurale rede, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2003.

vanwege ernstige gedragsproblemen die het kind met zich meebrengt.

Wat onzeker blijft is het recht op plaatsing op de school naar keuze. Maar het voert te ver om scholen enkel vanwege respect voor het schoolkeuzerecht van ouders te verplichten tot een zware, op de individuele situatie afgestemde motiveringslast. Dat zien we ook niet in de jurisprudentie als het gaat om beperkingen die voortvloeien uit richting, en postcodebeleid of capaciteitsbeleid door bijzondere scholen. Ook zien we het niet bij de huidige regeling van toegang tot speciale scholen voor basisonderwijs in het samenwerkingsverband: indien geïndiceerd is er een recht op toegang tot een dergelijke school, niet tot een school naar keuze. Artikel 40, vierde lid, Wet op het primair onderwijs bevat de regel dat positieve indicatie rechtstreeks toegang verleent tot een speciale school voor basisonderwijs in het samenwerkingsverband. Welke school dat is, is afhankelijk van de aard van de indicatie, de eventuele wens van de ouders en de feitelijke mogelijkheden binnen het samenwerkingsverband. Het schoolkeuzerecht is hier dus slechts een beginselmatic belang dat tegen andere belangen moet worden afgewogen.

Hoe ziet de toekomstige motiveringslast er dan uit? De zekerheid van plaatsing maakt het mogelijk de afweging van de school waarbij de leerling wordt aangemeld “te sturen” aan de hand van drie gegevens:

1. De resultaten van indicatie van de leerling, waartoe de school van aanmelding – al of niet op initiatief van of na samenspraak met ouders – besloten heeft;
2. De krachtens het zorgprofiel van elke school in het samenwerkingsverband aanwezige mogelijkheden tot plaatsing;
3. Het uitgangspunt van dekkendheid van het totaal van zorgprofielen per samenwerkingsverband voor leden van de verschillende groepen van zorgleerlingen.

Verondersteld dat zowel indicatie als zorgprofiel voldoende betrouwbaar zijn om de werkelijkheid te dekken,⁴⁹ ligt het voor de hand dat de school van aanmelding met deze drie gegevens kan volstaan bij toelating van de leerling of bij een verwijzing naar een andere school in het samenwerkingsverband. Een bijzondere, extra motivering is dan niet vereist. Voor de huidige zware, op individuele gevallen afgestemde motiveringslast van besturen van reguliere scholen ten aanzien van geïndiceerde zorgleerlingen is dan in ieder geval geen plaats meer. Als ouders het niet eens zijn met de school waarnaar verwezen wordt, omdat de school van aanmelding eerste keus is, zullen zij aannemelijk moeten maken dat de school van aanmelding geëquipeerd genoeg is om hun kind op te vangen. Dat zouden zij alleen kunnen doen door óf (1) aannemelijk te maken dat het zorgprofiel van de school van aanmelding in tegenstelling tot de opvatting van die school wel de vereiste mogelijkheden insluit of dat het zorgprofiel op een onjuiste weergave van de op de school aanwezige mogelijkheden berust, óf (2) aan te tonen (in de regel met gegevens van onafhankelijke deskundigen) dat de indicatie onvoldoende zorgvuldig of betrouwbaar is verlopen.

Indicatie, zorgprofiel, dekkend systeem

⁴⁹ Zie volgende alinea.

Voor een beperkte motiveringslast van (reguliere) scholen is de kwaliteit van de indicatie en het zorgprofiel cruciaal. Ten aanzien van indicatie moet de eis gelden dat zij voldoende objectieve op het individu van de betreffende zorgleerling afgestemde gegevens oplevert, om een specifieke aanpak binnen het samenwerkingsverband te beschrijven en te onderscheiden. Van het zorgprofiel mag worden verwacht dat de school daarin aangeeft welke basiszorg zij biedt en welke gespecialiseerde zorg zij eventueel met hulp van derden kan bieden.⁵⁰ Van belang is daarbij dat een school zich niet richt op de generieke uitsluiting van bepaalde groepen zorgleerlingen, zich niet defensief baseert op argumenten van draagvlak bij de leraren in de school, maar zich zoveel mogelijk positief concentreert op de typen zorg die zij in het onderwijs kan bieden.

Aparte aandacht verdient het uitgangspunt van algemene dekkendheid van het aanbod in het samenwerkingsverband voor de verschillende groepen van zorgleerlingen. Dit vereist in ieder geval een regel of een instantie met een bevoegdheid binnen het verband die een leerling aan een bepaalde school in eigen kring kan toewijzen als na indicatie en vergelijking van zorgprofielen niet duidelijk is waar deze leerling naar toe kan. Een regel in de wet dat een zorgleerling die is geïndiceerd wordt verwezen naar de, mede blijkend uit haar zorgprofiel, meest gereede of passende school in het samenwerkingsverband zou hier uitkomst kunnen bieden. Als dit in de praktijk tot teveel toeloop naar een bepaalde school zou leiden is het misschien verstandiger het bestuur van het samenwerkingsverband te belasten met de bevoegdheid om geïndiceerde leerlingen wier zorgbehoefte niet aanstands aansluit bij de uit de zorgprofielen van de gezamenlijke scholen blijkende mogelijkheden evenredig toe te wijzen aan scholen in het samenwerkingsverband.

Uiteraard betekenen de bedoelde regel of de bevoegdheid naar evenredigheid toe te wijzen ook een beperking op de bevoegdheid van de bijzondere scholen tot het voeren van een eigen toelatingsbeleid, maar anders dan de situatie welke is beschreven onder paragraaf 2, moet deze beperking hier aanvaardbaar worden geacht. In paragraaf 2 is gesteld dat voor het helemaal inleveren van de bevoegdheid een eigen toelatingsbeleid te voeren geen adequate rechtvaardiging bestaat. Hier gaat het slechts om het beperken van die bevoegdheid, vanuit de principiële erkenning dat deze thuishoort bij de afzonderlijke schoolbesturen. Voor het doel van de zorgplicht moet de eis van dekkendheid van het systeem per samenwerkingsverband noodzakelijk worden geacht. Wettelijke bepalingen, als die hier worden voorgesteld, zijn in dat licht niet disproportioneel. Er hoeft dus geen strijd te worden aangenomen met de in artikel 23 Grondwet beschermde inrichtingsvrijheid van het bijzonder onderwijs.

7. Ruimte voor fundamentele bezwaren tegen school waarnaar wordt doorverwezen?

Op grond van het voorgaande moet het schoolkeuzerecht van ouders worden beschouwd als een belang dat tegen andere belangen kan worden afgewogen door het schoolbestuur. Indien aan zekere voorwaarden wordt voldaan, is de wens om het kind op een bepaalde

⁵⁰ Brief staatssecretaris OCW over Voortgang Nieuwe koers Passend onderwijs d.d. 25 januari 2010, kenmerk JOZ/185184, bijlage 2.

school te plaatsen dus niet doorslaggevend bij de afweging. Maar hoe zit dat als de ouders hun kind op een bepaalde school willen plaatsen, omdat zij de richting aanhangen van die school? In de onderwijswetgeving zien we op verschillende plaatsen de norm, bijvoorbeeld met betrekking tot een bijzondere speciale school (art. 40 Wec) of een bijzondere speciale school voor basisonderwijs (art. 40 Wpo), dat de school het kind alleen toegang mag ontzeggen als de ouders weigeren de richting van die school te respecteren.

Een norm die, omgekeerd, het recht verschaft aan ouders om uit religieuze of levensbeschouwelijke overtuiging voor een bepaalde bijzondere speciale school te kiezen ontbreekt in de wet. Maar dat wil niet zeggen dat zij niet geldt. Artikel 2, tweede volzin, eerste protocol, van het EVRM, dat gaat over het ouderlijk keuzerecht, zegt het volgende:

“Bij de uitoefening van alle functies die de Staat in verband met de opvoeding en het onderwijs op zich neemt, eerbiedigt de Staat het recht van ouders om zich van die opvoeding en van dat onderwijs te verzekeren, die overeenstemmen met hun eigen godsdienstige en filosofische overtuigingen.”

Uit het ouderlijk keuzerecht kan voor de Nederlandse verhoudingen worden afgeleid, zoals de Hoge Raad het in het Maimonides-arrest heeft geformuleerd, dat ouders “tegenover de Staat een fundamentele aanspraak (hebben) op eerbiediging van hun keuze voor onderwijs van een bepaalde met hun godsdienstige en filosofische overtuigingen overeenstemmende richting”.⁵¹ Deze aanspraak wordt ook bij artikel 23 Grondwet verondersteld, maar is niet in dat grondrecht vastgelegd.⁵² De staat (in casu de wetgever of het door de minister gefaciliteerde samenwerkingsverband) heeft daarom niet de ruimte om via wettelijke of bestuurlijke maatregelen een zodanig stelsel te ontwerpen dat de uitoefening van het ouderlijk keuzerecht feitelijk illusoir wordt.

Voor het probleem waar we hiervoor staan betekent dat, dat resultaten van het proces van aanmelding, doorverwijzing en plaatsing van een leerling op een school binnen het samenwerkingsverband niet toelaatbaar zijn als daarmee inbreuk wordt gemaakt op het ouderlijk keuzerecht. Anders gezegd, aan de wens van ouders van een zorgleerling die overtuigd kiezen voor een school van een bepaalde richting moet gevolg worden gegeven, ook al zal daardoor het kind worden toegewezen aan een school die aan hem of haar, gegeven de indicatie van het kind en de aard van het zorgprofiel, geen adequate zorg kan bieden. Dit is dan een consequentie van het feit dat die school vanuit een bepaalde richting onderwijs wil aanbieden. Uiteraard zou daartegen kunnen worden ingebracht dat een keuze voor een school die geen adequate zorg kan bieden indruist tegen het “belang van het kind”, zoals dat is beschermd in het Kinderrechtenverdrag (VRK), in het bijzonder het in artikel 28 van het VRK beschermde recht op onderwijs van het kind. De vraag is echter bij wie de zorg voor het belang van het kind in eerste instantie thuishoort. Dat zijn naar mijn mening wat de schoolkeuze betreft de ouders en niet de staat.

⁵¹ Hoge Raad 22 januari 1988, AB 1988, 96, NJ 1988, 981.

⁵² Onderwijsraad, Vaste grond onder de voeten, a.w., p. 27.

8. Rechtsbescherming en mediation

Eventuele plannen om de rechtsbescherming van zorgleerlingen in het kader van passend onderwijs te beleggen bij een bijzondere, voor dat doel ingerichte landelijke geschillencommissie, tegen de uitspraken waarvan beroep openstaat op de bestuursrechter (rechtbank en Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State), leveren allerlei problemen op in de afstemming met bestaande geschillenprocedures bij zowel niet-rechterlijke als rechterlijke instanties.

Een simpel voorbeeld. Hoe verhoudt zich zo een rechtsgang tot de bestaande mogelijkheid om te klagen op grond van de Wgbh/cz bij de Commissie Gelijke Behandeling? Het ligt dan voor de hand de laatste mogelijkheid wettelijk uit te sluiten, maar dat roept weer de vraag wat de toegevoegde waarde is van zo'n 'eigen' OCW-rechtsgang. Kan men het de rechtspraak aandoen voortdurend nieuwe geschillenregelingen te creëren met eigen procesrecht en eigen toetsingsmaatstaven? De 'eigen' rechtsgang kan ook geen laatste instantie zijn; toegang tot de burgerlijke rechter en bestuursrechter kan constitutioneelrechtelijk niet uitgesloten worden. Hoe kan worden voorkomen dat de 'eigen' rechtsgang niet voortdurend wordt gepasseerd door een rechterlijke uitspraak? Dat heeft te maken met gezag van die instantie, maar die moet nog bewezen worden, terwijl de Commissie gelijke behandeling al gezag en een zekere status heeft opgebouwd. Kortom, het verdient aanbeveling af te zien van de creatie van nieuwe geschilleninstanties en de bestaande mogelijkheden zoveel mogelijk te benutten. Gelukkig is dat in het concept-wetsvoorstel ook gebeurd.

De bestaande mogelijkheden voor eenieder zijn bezwaar bij het bestuur van de betreffende school en beroep op de Commissie Gelijke Behandeling ingevolge de Wgbh/cz. Daarna staat er dan voor klagers beroep open op de civiele kamer van de rechtbank, hoger beroep op het Hof en eventueel cassatie bij de Hoge Raad, voor zover zij te maken hebben met een beslissing van een bijzondere school. In het geval er sprake is van een besluit van een openbare school staat beroep open op de administratieve kamer van de rechtbank en hoger beroep op de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

Wat hier volgt is een schets van deze bestaande procedure, waarbij vooral zal worden gelet op mogelijkheden om elementen van mediation en van effectieve rechtsbescherming met elkaar te verenigen.

Procedure van bezwaar

Beslissingen van het bevoegd gezag van een openbare school tot niet-toelating of verwijdering van een leerling zijn besluiten in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Ouders die zich niet kunnen verenigen met zo'n besluit kunnen op grond van dezelfde Awb binnen zes weken nadat het besluit bekend is gemaakt een bezwaarschrift indienen bij het orgaan dat het besluit heeft genomen, in casu het bevoegd gezag. De procedure van bezwaar veronderstelt dat het bevoegd gezag het eerder genomen besluit op basis van de argumenten die door de ouders worden aangevoerd nog eens helemaal tegen het licht houdt en eventueel op overwegingen van rechtmatigheid en/of doelmatigheid

herroept.⁵³

Ook in het bijzonder onderwijs moet eerst de procedure van bezwaar worden gevolgd nadat een beslissing tot niet-toelating of verwijdering van de leerling is genomen. Dat is geregeld in de onderwijswetgeving, omdat de Awb alleen op openbare scholen betrekking heeft.

Daarbij geldt ook een termijn van zes weken voor het indienen van een bezwaarschrift. Zie art. 63 Wpo, art. 61 Wec en art. 15 Inrichtingsbesluit Wvo.

Hoe effectief is de bezwaarschriftprocedure? Vanaf het begin heeft men zich op het standpunt gesteld dat het een rem zou vormen op de gang naar de rechter en hoewel exacte cijfers ontbreken, kan inderdaad worden geconstateerd dat in veel gevallen de procedure eindigt bij een beslissing op bezwaar. Recent onderzoek en enkele voorbeelden uit de praktijk laten echter zien dat er nog veel ruimte is voor verbetering van de procedure. De huidige praktijk bij de meeste bestuursorganen en wellicht ook, zij het in mindere mate, de scholen blijft vaak beperkt tot wettelijke formaliteiten: het bezwaar moet schriftelijk worden ingediend, het bestuursorgaan zendt een schriftelijke ontvangst van het bezwaar en enige tijd nadien een oproep om te worden gehoord. Na de hoorzitting, welke kan worden gehouden door het bestuursorgaan zelf of door een door het bestuursorgaan ingestelde onafhankelijke adviescommissie, volgt de beslissing op bezwaar.

Inmiddels heeft 18% van de gemeenten en een klein aantal andere bestuursorganen een manier gevonden om de bezwaarprocedure minder formeel te maken. Meteen nadat het bezwaarschrift is ontvangen neemt een functionaris, die in dienst is van het bestuursorgaan, contact op met de bezwaarmaker om te achterhalen wat er is gebeurd en vanuit welk perspectief deze tegen het probleem aankijkt. Er is dan ruimte voor emoties en uitleg van beide kanten. Vervolgens treedt de functionaris in overleg met de bezwaarmaker om een passende oplossing te bereiken die aanvaardbaar is voor beide partijen. Onderzoek heeft aangetoond dat op deze wijze ongeveer 30 tot 50% van de bezwaren succesvol kan worden afgesloten, afhankelijk van het besluit dat in geschil is.⁵⁴

Deze bevindingen zouden aanleiding kunnen zijn om te bekijken in hoeverre mediation-achtige technieken kunnen worden ingeschakeld in de fase van bezwaar. Er is bij LGF-geschillen al ervaring opgedaan met onderwijsconsulenten die optreden bij het overleg tussen de ouders en de school in het kader van bezwaar. Veel van de bezwaarprocedures waarover anders de ACTB het bevoegd gezag in het recente verleden had moeten adviseren zijn daarmee voortijdig beëindigd, zoals ik als oud-lid van de ACTB heb kunnen constateren. Zou het geen aanbeveling verdienen om consulenten standaard in te schakelen bij de procedure van bezwaar in het samenwerkingsverband? De wijze waarop dat zou moeten geschieden zou wellicht, via een aansporing van overheidswege, per school of samenwerkingsverband afzonderlijk kunnen worden georganiseerd.

⁵³ Vgl. art. 7:11 Awb: 1. Indien het bezwaar ontvankelijk is, vindt op grondslag daarvan een heroverweging van het bestreden besluit plaats. 2. Voor zover de heroverweging daartoe aanleiding geeft, herroept het bestuursorgaan het bestreden besluit en neemt het voor zover nodig in de plaats daarvan een nieuw besluit.

⁵⁴ A. Schwartz, De adviescommissie in bezwaar. Inrichting van de bezwaarprocedure bij gemeenten, Boom Juridische Uitgevers: Den Haag 2010, p. 113-120; A.M. de Koning, J. Brouwer, Methode Overijssel: bouwen aan vertrouwen. De inzet van vaardigheden en mediation door overheden, NMI: Rotterdam 2008, p. 61-63.

Beroep op de CGB

Artikel 1, onder b, Wgbh/cz verbiedt direct onderscheid “tussen personen op grond van een werkelijke of vermeende handicap of chronische ziekte”. Ook indirect onderscheid “op grond van andere hoedanigheden of gedragingen dan die bedoeld in onderdeel b, dat direct onderscheid tot gevolg heeft” is verboden, zij het dat in tegenstelling tot direct onderscheid indirect onderscheid is toegestaan “indien dat onderscheid objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn” (art. 3, tweede lid, Wgbh/cz). Verder is volgens art. 3, eerste lid, van de wet direct en indirect onderscheid toelaatbaar in de volgende specifieke gevallen, namelijk wanneer:

- a. het onderscheid noodzakelijk is ter bescherming van de veiligheid en de gezondheid;
- b. het onderscheid een regeling, norm of praktijk betreft die tot doel heeft specifieke voorzieningen en faciliteiten te creëren of in stand te houden ten behoeve van personen met een handicap of chronische ziekte;
- c. het onderscheid een specifieke maatregel betreft die tot doel heeft personen met een handicap of chronische ziekte een bevoorrechte positie toe te kennen ten einde feitelijke nadelen verband houdende met de gronden handicap of chronische ziekte op te heffen of te verminderen en het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot dat doel.

Hoewel de wet naast onderscheid ook een verbod op intimidatie bevat, richten we ons hier alleen op onderscheid. Artikel 4, onder f, van de Wgbh/cz bevat een verbod van onderscheid bij het laten volgen “van onderwijs, scholing en vorming tijdens of voorafgaand aan een arbeidsverhouding”. Artikel 6, onder b, Wgbh/cz verbiedt verder onderscheid bij “het verlenen van toegang tot, het aanbieden van, het afnemen van toetsen tijdens en het afsluiten van onderwijs dat gericht is op toetreding tot en functioneren op de arbeidsmarkt”. Artikel 5b van dezelfde wet stelt tenslotte dat “onderscheid is verboden bij het verlenen van toegang tot, het aanbieden van, het afnemen van toetsen tijdens en het afsluiten van onderwijs als bedoeld in de Wet op het primair onderwijs en de Wet op het voortgezet onderwijs, voor zover niet begrepen onder artikel 6, onder b.”

Voor klachten of adviezen over inbreuk op het wettelijke verbod van onderscheid kan men terecht bij de Commissie gelijke behandeling (CGB). De CGB heeft de bevoegdheid een klacht te onderzoeken en tot een oordeel te komen over de vraag of de gelijkebehandelingswetgeving is overtreden. In afwijking van het burgerlijk procesrecht zijn partijen in een procedure bij de CGB niet primair verantwoordelijk voor het aandragen van feiten en zonodig het bewijs daarvan. De CGB stelt zelf een onderzoek in. Het oordeel dat daaruit voortvloeit, is niet bindend. Ook kan de CGB op verzoek van een betrokken natuurlijke persoon of rechtspersoon adviseren, wanneer deze wenst te weten of hij verboden onderscheid maakt in de zin van de wet. Ook deze adviezen zijn niet bindend. Na de CGB kan men altijd naar de rechter. Door het gezag dat de CGB zich gaandeweg heeft verworven in de rechtspraak (zie hieronder) vormt zij een aantrekkelijk en laagdrempelig, want kosteloos alternatief voor het instellen van een vordering bij de rechter.

Voor degenen die stellen dat ten aanzien van hen verboden onderscheid heeft plaats gevonden worden twee sporen gevolgd in de wet. In de eerste plaats wordt hun de mogelijkheid geboden een oordeel te vragen van de CGB dat het om wel of niet verboden onderscheid gaat. Daarbij geldt een omgekeerde bewijslast. Artikel 10, eerste lid, Wgbh/cz luidt:

“Indien degene die meent dat te zijnen nadeel een onderscheid is of wordt gemaakt als bedoeld in deze wet, in rechte feiten aanvoert die dat onderscheid kunnen doen vermoeden, dient de wederpartij te bewijzen dat niet in strijd met deze wet is gehandeld.”

In de tweede plaats kan de CGB gevraagd worden uit te spreken dat alleen met het aanbrengen van een doeltreffende aanpassing ten behoeve van de betrokken gehandicapte of chronisch zieke het verboden onderscheid kan worden opgeheven. Artikel 2 Wgbh/cz luidt als volgt:

“Het verbod van onderscheid houdt mede in dat degene, tot wie dit verbod zich richt, gehouden is naar gelang de behoefte doeltreffende aanpassingen te verrichten, tenzij deze voor hem een onevenredige belasting vormen.”

Zoals blijkt uit artikel 10, tweede lid, is ook hier sprake van een omgekeerde bewijslast:

“Indien degene die meent dat te zijnen nadeel is gehandeld in strijd met artikel 2 in rechte feiten aanvoert die kunnen doen vermoeden dat is nagelaten doeltreffende aanpassingen te treffen, dient de wederpartij te bewijzen dat niet in strijd met deze bepaling is gehandeld.”

Het beroep op de CGB ingevolge de Wgbh/cz is passend omdat de kern van de problematiek van toelating van zorgleerlingen tot het reguliere onderwijs moet worden gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel. Dit blijkt ook nog eens uit het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap (VRPH),⁵⁵ dat door Nederland is ondertekend maar nog niet geratificeerd en dat in artikel 24 bepaalt dat personen met een handicap toegang hebben tot inclusief, hoogwaardig en gratis basisonderwijs en tot voortgezet onderwijs en wel op basis van gelijkheid met anderen in de gemeenschap waarin zij leven.

Ook is beroep op de CGB passend, omdat het laagdrempelig is. Het is in de eerste plaats kosteloos. Verder kan elke klager, dus bijvoorbeeld ook een ouder die meent dat zijn kind ten onrechte niet geplaatst is op de school van keuze, ondersteuning krijgen van een regionaal antidiscriminatiebureau. De klager kan melding doen van discriminatie via de site <https://www.discriminatie.nl/> of bij een antidiscriminatiebureau in de buurt. Hij wordt dan uitgenodigd voor een intakegesprek. Tijdens dit gesprek luistert een klachtbehandelaar van het bureau naar zijn verhaal. Als de klager wil dat er vervolgstappen worden ondernomen, zal de klachtbehandelaar hem daarbij adviseren en begeleiden. Dat kan bijvoorbeeld bemiddeling zijn, een procedure bij de Commissie Gelijke Behandeling of aangifte bij de politie. Volgens art. 12, tweede lid, onder e, Algemene wet gelijke behandeling kan een klacht bij de Commissie worden ingediend door een vereniging met volledige

⁵⁵ Convention on the rights of persons with disabilities van 2006, Trb. 2007, nr. 169.

rechtsbevoegdheid of stichting, die in overeenstemming met haar statuten de belangen behartigt van diegenen in wier bescherming deze wet, de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen of artikel 646 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek beoogt te voorzien. Antidiscriminatiebureaus kunnen krachtens deze bepaling als zelfstandige partij, met een klacht over gemaakt onderscheid ten aanzien van een individu, optreden in gedingen voor de CGB. Art. 12 van de Wgbh/cz verklaart dit artikel van overeenkomstige toepassing op gedingen die worden bestreken door de Wgbh/cz.

Wil de rechtsgang naar de CGB een sluitende voorziening vormen dan moet het in het kader van passend onderwijs geldende aanbod van “extra ondersteuning” beperkt worden uitgelegd. In § 3 is ervoor gepleit om uit te gaan van een betekenis van “extra ondersteuning” die in de kern aansluit bij die gevallen die vóór passend onderwijs onder WSNS, LGF, LWOO en Praktijkonderwijs vielen. Alleen dan kunnen geschillen onder de noemer van “handicap” of “chronische ziekte” krachtens de Wgbh/cz bij de Commissie worden aangebracht. “Handicap” of “chronische ziekte” wordt overigens betrekkelijk ruim uitgelegd. Een ruime interpretatie is zeker veilig gesteld als “handicap” of “chronische ziekte” wordt geïnterpreteerd in het licht van artikel 1 van het VRPH dat “personen met een handicap” definieert als: “personen met langdurige fysieke, mentale, intellectuele of zintuiglijke beperkingen die hen in wisselwerking met diverse drempels kunnen beletten volledig, effectief en op voet van gelijkheid met anderen te participeren in de samenleving”.⁵⁶ Uit wat is betoogd in § 6 vloeit voort dat in de verhoudingen van passend onderwijs het gewicht van de in artikel 10 Wgbh/cz geregelde omgekeerde bewijslast niet zwaar op de scholen zal drukken voor zover er daadwerkelijk een recht op plaatsing in het samenwerkingsverband is verzekerd en het verloop en de resultaten van de indicatie van de leerling en het zorgprofiel van de school betrouwbaar zijn.

Het gezag van de CGB

Het belang van toetsing door de CGB bij kwesties van toelating tot, verwijdering van en gelijke behandeling in het onderwijs van gehandicapte of chronisch zieke leerlingen is groeiende. Dit belang kan weliswaar niet worden afgeleid uit statistieken over de zakenlast, maar moet volledig worden toegeschreven aan het feit dat sinds augustus 2009 alle onderwijssectoren onder de competentie van de Commissie zijn gebracht.⁵⁷ Eenieder die in Nederland verblijft, kan de Commissie kosteloos om een oordeel vragen over zijn of haar specifieke situatie met betrekking tot gestelde ongelijke behandeling. In de periode van 2003 tot en met 2010 heeft de Commissie een totaal van 1.690 oordelen gepubliceerd. Drie procent daarvan hadden betrekking op handicap en chronische ziekte, waarvan weer een klein deel het onderwijs betrof. Het totaal aantal verzoeken dat de CGB op jaarbasis bereikt wordt thans geschat op 2.000.⁵⁸ Omdat zij een klachteninstantie is hebben de oordelen van

⁵⁶ Het is volgens deze definitie mogelijk om hoogbegaafden hiertoe te rekenen. Lastiger ligt het met personen die op grond van sociaal-economische en/of etnische redenen als achterstandsleerling moeten worden bestempeld. Het verdient overweging deze groep voorshands van “extra ondersteuning” ingevolge passend onderwijs uit te sluiten.

⁵⁷ Primair en voortgezet onderwijs zijn als laatste bij wet toegevoegd (Stb. 2009, 101).

⁵⁸ CGB, De toegankelijkheid van het beroepsonderwijs voor gehandicapten en chronisch zieken, Utrecht november 2007, p. 2.

de Commissie geen juridisch bindende werking. Het gezag van de Commissie dient vooral te berusten op de kwaliteit van haar oordelen.

Volgens een evaluatiestudie over de maatschappelijke effectiviteit van de oordelen van de CGB over de jaren 1999 tot 2004, vond ongeveer 60% van de ondervraagde personen, die te maken hebben gehad met de CGB als procespartij het uiteindelijke oordeel van de Commissie in hun geval 'overtuigend'. Een kwart – 25% bij zowel verzoekers als verwerende partijen – vond evenwel van niet. Driekwart vond dat de procedure voor de Commissie zorgvuldig was verlopen en volgens tweederde van de ondervraagden was de Commissie voldoende objectief geweest tijdens de zitting. Daarbij moet echter worden aangetekend dat slechts de helft van de verwerende partijen en hun gemachtigden de Commissie voldoende objectief vonden.⁵⁹ Vergeleken met een evaluatie die in 1999 was uitgevoerd waren identieke groepen van personen kritischer over het werk en de houding van de Commissie. Na 2001, trokken sommige oordelen van de CGB met betrekking tot manifestaties van de multiculturele samenleving in negatieve zin de politieke aandacht, maar over het geheel genomen kan niet worden gezegd dat de Commissie en haar activiteiten controversieel worden bevonden.⁶⁰ Tot nu toe is er ook geen aanwijzing dat de oordelen van de CGB op het terrein van handicap en chronische ziekte negatieve reacties van personen of maatschappelijke organisaties hebben opgeroepen.

Klagers die een oordeel hebben verkregen van de Commissie vechten het zelden aan bij een rechter. Tussen januari 2000 en juni 2004 werd slechts 5½ % van de CGB-oordelen aan de rechter voorgelegd. Uit een analyse van rechterlijke uitspraken blijkt dat rechters serieus rekening houden met het oordeel van de CGB. Dat betekent natuurlijk niet dat rechters altijd het oordeel van de Commissie hebben gevolgd, maar de conclusie is gerechtvaardigd dat de rechterlijke toetsing geen afbreuk heeft gedaan aan haar gezag en geloofwaardigheid.⁶¹

9. Conclusies en aanbevelingen

De centrale vraag van deze bijdrage luidde: onder welke voorwaarden kan de evenwichtige verdeling van rechten en plichten tussen een schoolbestuur enerzijds en ouders die hun kind op de school van dat bestuur aanmelden anderzijds worden geoptimaliseerd bij invoering van de wettelijke zorgplicht passend onderwijs?

Naar blijkt zijn er zodanige voorwaarden aan te brengen dat voor alle leerlingen een recht op plaatsing op een school in het samenwerkingsverband kan worden gerealiseerd, behalve als het gaat om leerlingen die ongeschikt zijn tot het volgen van onderwijs of die ernstige gedragsproblemen met zich meebrengen. Maar het is zaak om deze uitzonderingen op de regel zo beperkt mogelijk te houden. Als een gedragsprobleem van een leerling feitelijk een perceptie is die voortvloeit uit een handelingsverlegenheid van de school met betrekking tot

⁵⁹ CGB, Het verschil gemaakt. Evaluatie Awgb en werkzaamheden CGB 1999-2004, Utrecht 2005, p. 89-91.

⁶⁰ T. Havinga, Werkt de Algemene wet gelijke behandeling? Twee evaluatieonderzoeken besproken, in: J.H. Gerards, B.P. Vermeulen, P.J.J. Zoontjens (red.), Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2006, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 259.

⁶¹ K. Wentholt, De door- en wisselwerking van CGB-oordelen in c.q. met rechterlijke uitspraken, in: J.H. Gerards, B.P. Vermeulen, P.J.J. Zoontjens (red.), Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2006, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 290.

de “extra ondersteuning” die voor die leerling is geboden, dient het recht op plaatsing te prevaleren.

Welke voorwaarden kunnen worden onderscheiden? Een eerste cluster heeft betrekking op de aard en reikwijdte van de zorgplicht. Daarover gaan de paragrafen 2 tot en met 5. Een tweede cluster omvat de schets van de motiveringslast die de zorgplicht op scholen legt, paragraaf 6. In een laatste cluster wordt aandacht besteed aan de bescherming van ouders, enerzijds op basis van het grondrecht van het ouderlijk keuzerecht, paragraaf 7, anderzijds wat betreft de weg waarlangs zij beslissingen in het kader van de zorgplicht kunnen aanvechten, paragraaf 8.

De regeling “Passend Onderwijs” zal naar verwachting tot een nieuwe balans gaan leiden tussen de rechten van ouders / leerlingen aan de ene kant en onderwijsaanbieders (schoolbesturen / samenwerkingsverbanden) aan de andere kant. Ouders krijgen de zekerheid dat hun kind wordt geplaatst in het onderwijs. Maar zij leveren ook iets van hun rechten in.